Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Reviſion der neueren Lehren von der Zugehörigkeit der beſtändig fließenden Gewäſſer nach römiſchem und deutſchem Rechte.

Von

Herrn **F. Börner**,
Oberbürgermeiſter in Jena.

(Schluß des Aufſatzes Nr. VII. im vorigen Hefte).

Die hier begründete Theorie des Römiſchen Rechtes von der unbedingten Oeffentlichkeit aller dauernd fließenden Gewäſſer findet ihre volle Beſtätigung in den einzelnen über den Gemeingebrauch derſelben gegebenen, den oberſten Principien durchaus adäquaten und in ſtrengſter Folgerichtigkeit entſprechenden Lehren, welche um dieſes Zuſammenhanges willen wenigſtens in ihren Hauptzügen hier noch verzeichnet werden müſſen. Es empfiehlt ſich jedoch, dieſer Darſtellung die Erörterung der Grundſätze des deutſchen Rechtes, unmittelbar an die des Römiſchen anknüpfend, vorauszuſchicken, um bei einer etwa ſich zeigenden Gemeinſamkeit der oberſten Grundſätze in beiden Rechten, die Lehren über die Anwendung derſelben in den einzelnen Fällen zuſammenfaſſen zu können. Freilich iſt hierzu nach den durch die Lehrbücher des gemeinen und des deutſchen Privatrechtes verbreiteten Anſichten wenig Hoffnung; allein es kommt hier eben darauf an, die Richtigkeit dieſer Anſicht nach den Quellen zu prüfen und nach dieſen, um andere Autoritäten als die des wahren Sinnes der Rechtsquellen unbekümmert, das feſtzuſtellen, was gegenwärtig hierin rechtliche Geltung haben müſſe. Manche Lehren des gemeinen Civil-

rechtes[1]) finden die Grundſätze des Römiſchen Rechtes über die fließenden Gewäſſer für unſer heutiges gemeines Recht unanwendbar und weiſen dieſen Gegenſtand lediglich dem Deutſchen, als hierin von dem Römiſchen Rechte abweichenden, Privatrechte zu. Unter den Lehrern des Deutſchen Rechtes aber iſt weder darüber, wie weit durch die Reception des Römiſchen Rechtes das erſtere Abänderungen erfahren habe, alſo letzteres vor jenem zur Anwendung komme, noch über den Sinn der gemeinen deutſchen Rechtsquellen ſelbſt volle Uebereinſtimmung. Die Meiſten ſind jedoch darin einverſtanden, daß die gegenwärtig geltende Lehre von den fließenden Gewäſſern nach Deutſchen Rechtsquellen zu beurtheilen ſei; nach dieſen alle ſchiff- und floßbaren Ströme und Flüſſe als öffentliche zu gelten haben, während über das Privateigenthum, insbeſondere das Miteigenthum an den nicht ſchiffbaren Gewäſſern Herkommen und Beſitzſtand entſcheiden.[2])

In der Auffaſſung des Begriffs der Oeffentlichkeit weichen dieſelben jedoch wiederum unter einander ab, indem z. B. Maurenbrecher a. a. O., derſelbe: Grundſätze des heutigen deutſchen Staatsrechtes §. 201. 213. ein wirkliches Eigenthum des Staates an den Flüſſen hierunter verſteht, übrigens die Uebereinſtimmung des deutſchen Rechtes mit dem Römiſchen in der Lehre von der insula in flumine nata, dem alveus derelictus und der alluvio zugibt; Andere hierunter nur den öffentlichen, an ſchiff- und floßbaren Strömen vorzugsweiſe dem Staate zuſtehenden Gebrauch begreifen,[3]) übrigens aber das Ei-

1) Wie z. B. Sintenis a. a. O. Bd. 1.

2) Eichhorn, Einleitung in das deutſche Privatrecht. IV. Ausgabe. §. 267. u. 268. Mittermaier, Grundſätze des gemeinen deutſchen Privatrechtes. VII. Ausg. Bd. 1. §. 222 a u. 222 b. Maurenbrecher, Lehrbuch des geſammten heutigen, gemeinen deutſchen Privatrechts. II. Ausg. Bd. 1. §. 180. Gerber, Syſtem des deutſchen Priv. III. Ausg. §. 63.

3) Mittermaier a. a. O., derſelbe im Archiv für civil. Praxis Bd. XXIII. S. 149. Eichhorn a. a. O., §. 267. Gerber a. a. O.

genthum jedenfalls nur an dem Flußbette, nicht an der aqua profluens als einer unter allen Umständen res communis omnium, und nur etwa durch factische Verhältnisse von dem Gemeingebrauch ausgeschlossen, bestehen lassen. Gerber a. a. O. §. 61—63. Ob auch die nicht schiffbaren, beständig fließenden Gewässer als öffentliche anzusehen und dem Privatrechte entzogen oder der ausschließlichen Herrschaft der anliegenden Gründstücksbesitzer und Gemeinden unterworfen seien, soll sich nach den factischen und rechtlichen Verhältnissen des einzelnen Falles bestimmen, wirkliche Privatflüsse aber sollen jedenfalls nach den Grundsätzen über Eigenthum beurtheilt werden. Gerber a. a. O. §. 63. Walter. System des Gemeinen Deutschen Privat-Rechtes, §. 172, vergl. mit §. 171, entwickelt die Lehren von der Benutzung der Gewässer aus der Natur der Sache und es gelten ihm die Bestimmungen des Römischen Rechtes, weil sie die wahre Natur der Sache getreu ausdrücken. Bei den schiffbaren Flüssen erscheint das Eigenthum des Staates daran nur als eine theoretische Fiction und nur die Benutzung ist juristische Realität. An den kleinen Flüssen und Bächen ist Eigenthum an dem Wasser ebenfalls nicht vorhanden, sondern nur an dem Wasserbette. (a. a. O. §. 173. 174) während doch auch hier die Benutzung des Wassers eine gemeine bleibt.

Fragen wir aber nach der Begründung dieser Doctrinen als deutschrechtliche, so lauten die Antworten verschieden. Maurenbrecher bezieht sich zum Beleg der Behauptung, daß nach Deutschem Rechte im Gegensatze des Römischen, welches alle fließenden Gewässer für öffentliche erkläre, blos die schiffbaren und floßbaren Wasser im Staatseigenthume stünden, auf die bekannten Stellen des Sachsenspiegels II. 28. und des Schwabenspiegels Art. 197, Maurenbrecher Deutsches Privatrecht §. 180. Anm. 2, und zum Beweis dafür, daß alle andern Wasser im Eigenthum

der Gemeinden oder Privaten stünden, deren Ufer es bespült oder auf deren Grund es entspringt, allegirt er aus derselben Stelle des Sachsenspiegels die Worte: Swe viſchet in eines andern Mannes Watern an wilder Wage.

Diejenigen, welche ein Eigenthum des Staates an den schiffbaren Gewässern nicht annehmen, führen den Grund ihrer öffentlichen Eigenschaft, im Gegensatz der Privateigenschaft der kleinen fließenden Gewässer auf Praxis, Herkommen und Gesetzgebung (der Particularstaaten) zurück.[4]) Eichhorn bezieht sich noch besonders wegen des dem Kaiser vermöge der Staatsgewalt zustehenden Rechtes, Abgaben für die an den schiffbaren Flüssen gestatteten Anlagen und ausschließlichen Nutzungsrechten zu erheben, mithin den gemeinen Gebrauch durch Privilegien zu beschränken, auf das longobardische Lehnrecht (II. F. 56). Das Eigenthum an den kleinen Gewässern wird aus Urkunden und factischen Verhältnissen zu begründen gesucht, namentlich auf die in Urkunden vorkommende Bezeichnung der aquarum decursus als Pertinenzen der Grundstücke.

Im Uebrigen werden auch von diesen Rechtslehrern die Römischen Rechtssätze über alluvio, alveus derelictus, insula in flumine nata, wie von Maurenbrecher, und die Anwendbarkeit der Römischen Interdicte zum Schutz der Nutzungsrechte an den fließenden Gewässern als für das Deutsche Recht anwendbar und gültig erkannt. Eichhorn a. a. O. §. 269. Gerber a. a. O. §. 99. Von Walter ist bereits bemerkt, daß er die Lehre aus der Natur der Sache zu entwickeln strebt und das Römische Recht hiermit im Einklange erkennt.

Die Deutschen Rechtsquellen reden ebensowenig von Eigenthum an fließenden Gewässern,[5]) als sie hinsicht-

4) Mittermaier, d. P. R. §. 222a. Gerber a. a. O. §. 63. Anm. 1. Eichhorn a. a. O. 267.

5) Der Wasserbann bezieht sich auf die Gerichtsbarkeit oder höch-

lich des daran zustehenden gemeinen Gebrauchs zwischen größern Strömen und Flüssen und kleinern fließenden Wassern, Bächen, unterscheiden. Sie machen nur einen Unterschied zwischen den beständig fließenden Wassern, als gemeinen oder öffentlichen Gewässern und den, entweder durch die Natur (wilde Wagen) oder durch künstliche Anlegung (gegrabene Teiche) in feste Grenzen gefaßten, stehenden Gewässern. Von den gemeinen Nutzungsrechten an jenen wird, wie im Römischen Rechte, vorzugsweise die Schifffahrt und Fischerei hervorgehoben, die zugleich das Recht der Uferbenutzung vom Wasser aus zu jenen Zwecken mit in sich faßte, wie denn überhaupt das fließende Wasser gleich den öffentlichen Wegen als des Reiches oder des Königs Straße für frei und befriedet, d. h. für jedermannes ungestörten Gebrauch zugänglich angesehen wird. Die stehenden und durch künstliche Eingrabung ringsumfaßten Gewässer werden als Privateigenthum dessen erachtet, auf dessen Gründstücken sie sich befinden, oder derer, die sonst ausschließliche Nutzungsrechte z. B. das der Fischerei daran gewonnen haben, und Eingriffe unbefugter Dritter in diese Rechte durch Strafandrohung geschützt.

Die classischen, aber vielfach mißverstandenen Stellen hierüber sind: Sachsenspiegel Buch II. Art. 28 Ausg. von Homeyer Thl. I. S. 133 ff.:

---

stens ausschließliche Nutzungsrechte an gewissen Wassern oder Strecken der fließenden Wasser, so wie auf das aus der Gerichtsbarkeit fließende Recht polizeiliche Vorschriften über die Wasserbenutzung, namentlich die Fischerei zu geben, nicht auf ein Eigenthum, wo ein solches dennoch in Anspruch genommen wird, ist es rechtlich nicht begründet. Die Bezeichnung der Fischwasser als Eigenthum ist von der Fischereigerechtigkeit in bestimmten Wassern nicht von einem Eigenthum am Wasser zu verstehen. Der Gegensatz von Bannwasser ist Freiwasser oder freies Wasser, als ein solches Wasser, in welchem das Recht zu fischen auch denen gestattet ist, welche nicht unter die Gerichtsbarkeit des Territoriums gehören, in welchem sich das Wasser befindet. Grimm. Weißthümer. Bd. I. S. 383. 496. 773. 776. Bd. II. S. 14. 17. 37. 410 und 411. B. III. 599. 743.

§. 1 Sve so holt houwet, oder gras snit, oder vischet in enes andern mannes watere an wilder wage, sin wandel dat sint dre schillinge: den scaden gilt he uppe recht. — §. 2. Vischet he in diken die gegraven sin, — — — he mut drittich schillinge geven. Vint man ene in der stat, man mut ine wol panden oder uphalden vor den scaden ane des richteres orlof. — §. 4. Svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne. Die vischkre mut ok wol dat ertrike nütten, also vern alse he enes gestriden mach ut deme scepe von deme rechter stade.

zu welcher Stelle §. 1 die Gloſſe bemerkt:

wilde wage het water dat sic wegit na deme winde unde anders nicht, alſo nicht durch die eigene Strömung. [6])

Eiſenachiſches Rechtsbuch Buch III. Kap. LXXIII. Ausg. von Ortloff. Sammlung deutſcher Rechtsquellen I. Bd. S. 721:

Wer holoz houwit, adir gras snydit, adir fischit in eynes mannes wassere, sin wandel sin dry schillinge und der schade gelegit. LXXIV. Wer do vischet in lochin, di begraben sint, adir howit holoz das gesaczte ist — — bitage — her muez dry schillinge gebin und den schaden entlegin. — Findet man en ander stad, man mag en wol ufhaldin ane des richters loube. Tud er ez bi nacht es is andirs

Schwabenſpiegel, Ausg. von v. Laſſberg S. 91:

§. 196. der holtz oder graz oder vische stilet. Swer holz houwet, oder graz snidet, oder vischet in eines andern mannes wage, der sol geben dri schillinge — — vischet er me danne dristvnt drinne wen sol im hut vnd har abe

---

6) Wage bedeutet ſonſt ſchlechthin Gewäſſer (franzöſiſch avague). Vorwort zum Schwabenſpiegel: die vogel in den Lufte, di vische in den wage. Grimm: Weißthümer Bd. II. S. 411., wo es gleichbedeutend mit Bach. Hier iſt wilde Wage der Gegenſatz von gegrabenen Teichen.

slahen oder er sol ez bussen mit dreizeg schillingen. vnde swa man in findet, da mag man in wol ufheben vntz an den rihter

197. — — — Jegeliches wazzeres rames fluz, ist gemeine ze varenne vnd ze vischenne. die vischere svln ouch nüt doz wasser niessen. wan also verre so si einest mit dem netze gestrichen mogen vz dem schiffe,

Görlitzer Landrecht. Ausgabe von Homeyer. Bd. II. S. 187:

Cap: XXXIV. §. 1. Swer ovir einen vort einis wazzirs geit adir ritet, der ne sol cheinen zoln gebin; wan jegelich vlizinde wazzir heizet der riches straze, das umme ne suln die schif unde alliz daz in deme wazzir uf unde nidir vliuzit ne heinen zoln gebin,

womit zu vergleichen: Sachſenſpiegel Bd. II. Art. 66

unde des konings (rikes) strade in watere unde in velde, die soln steden vrede hebben,

und

§. 22 l. 1. Dig. ne quid in loco publico 43, 8: Publicas vias dicimus, quas Graevi βασιλικὰς id est regias, nostri praetorias, alii consulares vias appellant.

Mit Unrecht hat man die Stelle des Sachſenſpiegels über den gemeinen Gebrauch des fließenden Waſſers nur auf Ströme oder höchſtens noch ſolche Flüſſe, auf denen wenigſtens Floßfahrt ſtattfinden könne, beſchränken und daraus herleiten wollen, daß nur an dieſen der gemeine Gebrauch des Anfahrens und Befiſchens ſtattfinde; alle kleinere fließenden Gewäſſer dagegen im Privateigenthum ſtehen laſſen.[7]) Denn einmal findet ſich in den Deutſchen Rechtsquellen nirgends eine Andeutung über das Privateigenthum an den kleinern fließenden Gewäſſern; dann bedeutet „strames vlut“ auch keineswegs das, was wir unter Strom im engern Sinne verſtehen, ſondern wie

7) Siehe hierüber Schwab a. a. O.

aus dem Gegensatze der begrabenen Teiche und Lachen, der Wagen und aus dem hierin mit dem Sachsenspiegel vollkommen übereinstimmenden Schwabenspiegel hervorgeht, das strömende, das fließende, das durch eigene Strömung sich bewegende Wasser, flumen, quod fluit. Auch kommen in den Rechtsquellen Bäche mit Flößereirecht vor.[8])

Wenn man aber nun selbst aus solchen Stellen folgern wollte, daß die Möglichkeit wenigstens des Beflößens da sein müsse, um ein fließendes Wasser als ein gemeines zu behandeln, so steht dem immer entgegen, daß auch die Fischerei in den fließenden Gewässern gemein sein soll, diese aber in kleinen wie in großen fließenden Gewässern stattfinden kann und aus der Stelle des Sachsenspiegels durchaus nicht folgt, daß ein fließendes Wasser um für ein gemeines zu gelten, zur Fischerei und zur Schiffahrt, bezügig Floßfahrt zugleich geeignet sein müsse. Ueberhaupt aber ist aus der gemeinen Eigenschaft des Wassers auf die Zulässigkeit der Benutzung Aller daran, und nicht umgekehrt zu schließen. Ein Eigenthum endlich des Staates an den schiffbaren Flüssen kann mit keinerlei Grunde aus jener Stelle des Sachsenspiegels gefolgert werden.[9]) Man muß vielmehr aus der Uebereinstimmung der Lehren des Deutschen Rechtes mit den des Römischen in Bezug auf die Lehren von der insula in flumine nata, das verlassene Flußbett und der Alluvion (Sachsenspiegel, Bd. II. Art. 56 §. 2 u. 3. Rechtsbuch nach Distinctionen Bch. V., c. XXX. Eisenachisches, Rechtsbuch Bd. III. c. 106. Schwabenspiegel, §. 370) auch auf eine Uebereinstimmung beider Rechte in der Grundanschauung über die Zugehörigkeit der fließenden Gewässer um so mehr

8) Weißthum von Hirschhorn bei Grimm Weißthümer Bd. I. S. 445. Herrschaftliche Bäche Die große und kleine Bach in denselben hat die Herrschaft das Recht allein zu fischen, die Unterthanen aber, ihr Holz darin zu flößen, jedoch mit gewisser Einschränkung.

9) Wie bereits Gerber a. a. O. hervorhebt.

ſchließen, als jene Lehren nur eine Conſequenz dieſes oberſten Grundſatzes ſind und ſein können. Etwas ganz Anderes iſt dagegen die Staatshoheit und das Recht des Staates zur Aufſicht über die fließenden Gewäſſer und die Benutzung derſelben. Hier treffen wir nun wieder mit dem Römiſchen Rechte zuſammen.

Wenn wir die allen beſtändig fließenden Gewäſſern im Römiſchen Rechte beigelegte öffentliche Eigenſchaft als diejenige Eigenſchaft derſelben bezeichnet haben, nach welcher der aus ihrer *natürlichen* Beſchaffenheit abzuleitende Gemeingebrauch an ihnen in die *rechtlichen* Verhältniſſe des Staates und der in ſtaatlicher Ordnung lebenden Menſchen übertragen und der Staatshoheit und Oberaufſicht unterſtellt wird, ſo folgt aus dieſer Begriffsbeſtimmung von ſelbſt, daß auch die Staatsgewalt, der Staat ſelbſt, an der Benutzung der öffentlichen Gewäſſer mitbetheiligt ſei. Er iſt es in mehrfacher Weiſe, einmal dadurch, daß die Staatsgewalt die Ordnung der gemeinen Benutzung Aller überwacht und regelt, das Recht jedes Einzelnen darauf ſchützt und den Mißbrauch zum Schaden Anderer verhütet; dann daß der Staat ſelbſt vorzugsweiſe Benutzungsrechte an den fließenden Gewäſſern im Intereſſe der Staatswirthſchaft und des Ganzen ausübt und aus dieſen Nutzungen dem Staatsweſen und der Geſammtheit der Staatsbürger mittelbar oder unmittelbar zu Gute gehende Vortheile zieht; drittens endlich dadurch, daß der Staat gleich den Privaten ausſchließliche Nutzungsrechte an den fließenden Gewäſſern erwirbt.

Zu den vorzugsweiſen Benutzungs- und ausſchließlichen Verfügungsrechten des Staates über die öffentlichen Gewäſſer gehören offenbar: alle Arten der Einrichtung der Gewäſſer zum öffentlichen Gebrauche, z. B. Schiffbarmachung derſelben durch Vergrößerung oder Reinigung der Strombetten, Anlegung von Verbindungscanälen für die Schiffahrt, öffentlicher Waſſerleitungen aus den Flüſſen, Ableitung derſelben zum Behuf der Entwäſſerung und

Trockenlegung ganzer Gegenden u. dgl. m. Das Recht des Staates hierzu folgt aus dem Zwecke des Staates. Wichtig ist hierbei die Frage über die Entschädigung derjenigen, welche durch derartige Anlagen und Veränderungen erworbene Nutzungsrechte an dem Wasser verlieren. Da ein Eigenthum an dem Wasser nicht stattfindet, kann natürlich auch nicht von einer Expropriation bei derartigen Veranlassungen in dem Sinne die Rede sein, daß die Enteignung des Wassers von der Zustimmung der Privaten oder einem deren Willen hierzu zwingenden Gesetze und einer hierfür zu gewährenden Entschädigung abhinge.

Wohl aber kann diese letztere beansprucht werden für den bei der Enteignung vorkommenden Verlust von Nutzungsrechten, welche an dem Wasser entweder durch langjährigen ausschließlichen Gebrauch oder durch besondere Konzessionen der Staatsgewalt erworben worden sind. Denn diese Nutzungsrechte sind Gegenstände des Eigenthums und Theile des Vermögens, und können deßhalb ohne Entschädigung willkürlich nicht entzogen werden.

Daß der Staat als juristische Person, gleich jedem Staatsbürger, Privatnutzungsrechte, z. B. ausschließliche Fischereirechte, an einem fließenden Wasser erwerben könne, bedarf keiner weitern Erörterung. Er erwirbt dieselben ganz auf gleiche Weise wie die Privaten, nur mittelbar, indem es seine Organe sind, welche für ihn erwerben.

Ebenso steht das Oberaufsichtsrecht des Staates, dessen nähere Begründung in das Staatsrecht gehört, über der Ausübung der Nutzungsrechte der Privaten an den fließenden Gewässern wie an allen andern öffentlichen Gegenständen fest. Nur zeigt sich hier ein Unterschied dieses Aufsichtsrechtes in Bezug auf die fließenden Gewässer von demselben in Bezug auf andere Gegenstände der öffentlichen Benutzung z. B. öffentliche Straßen und Wege, darin, daß rücksichtlich der ersteren weder der Gemeingebrauch, noch die Benutzung des Einzelnen zu etwaigen

Privatzwecken erſt von dem Staate eingeräumt wird, ſondern jure naturali für Jedermann von vorn herein beſteht, während rückſichtlich derjenigen Gegenſtände, an denen urſprünglich dem Staate ein Eigenthum zuſteht, oder welche durch Vermittlung der Staatsgewalt zum Behuf öffentlicher Benutzung enteignet werden, ein auf die Einräumung zum öffentlichen Gebrauche poſitiv gerichteter Act Seitens des Staates vorhergehen muß,[10]) ſo daß das Verhalten des Staates in der Oberaufſicht über die Benutzung öffentlicher Gewäſſer rein negativ, in Bezug aber auf öffentliche Plätze, Gebäude, Straßen, Wege ꝛc. auch poſitiv in der Einräumung ſowohl des öffentlichen Gebrauchs daran, wie in etwaigen Zugeſtändniſſen einer Benutzung zu beſonderen Privatzwecken.

§. 10. §. 16. l. 2. Dig. ne quid in loco publ. 43. 8. ſich zeigt, übrigens aber wie der Gemeingebrauch an beiden ein ganz gleicher, ſo auch das Verhalten der Aufſicht des Staates dazu ein gleiches iſt.

Dieſe Gleichheit bezeugen: pr. l. 24. Dig: de damno infecto 39. 2. §. 1. l. unica Dig. ut in flum: publ. navig. liceat, 43. 14. Das von dem Staate in Anſpruch genommene und geübte Oberaufſichtsrecht über dieſe Mittel des öffentlichen Verkehrs und deren Benutzung bekundet ſich nicht nur in den hierauf bezüglichen Stellen, namentlich dem prätoriſchen Edicte, ſondern auch in beſtimmten Ausſprüchen des Rechts, wie z. B. pr. l. 1. Dig: de damno infecto 39. 2. §. 10. l. 2. Dig. ne quid in loco publico, 43. 8. l. 2. Dig. de flum. 43, 12. Indem aber der Staat die fließenden Gewäſſer als res communes omnium, alſo als res

10) §. 21. l. 1. Dig: ne quid in loco publico 43, 8. viae autem publicae solum publicum est, relictum (überlaſſen, liegen laſſen) ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, commetur. §. 1. l. 1. Dig. de loc et itin. publ. 43, 7. Quilibet in publicum petere permittendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur.

nullius, an dem ihm selbst auch kein Eigenthum zusteht, anerkennt, kann sich sein Oberaufsichtsrecht, soweit es sich auf die Zuständigkeit der gemeinen Benutzung bezieht, eben nur negativ, d. h. in dem Verbieten alles Dessen äußern, was den Gemeingebrauch, also auch den von dem Staate ausgeübten, stören, verkümmern und unmöglich machen oder für Andere, ebenfalls unter dem Schutze des Staates stehende, nachtheilig und schädlich machen könnte. Privateigenthumsrechte dagegen, wie z. B. das Recht, auf einem öffentlichen Platze ein Haus zu bauen, kann der Staat an fließenden Gewässern nicht einräumen; wie er denn auch von der Benutzung der öffentlichen Gewässer durch Dritte finanzielle Vortheile, z. B. Wasserabgaben und Zölle, nur dann und in soweit zu ziehen berechtigt ist, als dieselbe durch etwaige Vorrichtungen, welche mit Aufwand Seitens des Staates verbunden waren, erst ermöglicht worden ist, oder die Abgaben als Schutzgelder für die den Reisenden auf der Wasserstraße durch den Staat gewährten Schutz erscheinen. Diese Ansicht tritt besonders im deutschen Rechte hervor, wie die oben angeführten Stellen des Sachsen- und Schwabenspiegels und andere z. B. Ansegisi Capitularia lib III. c. 12. bei Pertz Monumenta Leg. T. 1. p. 302. De teloneis placet nobis, ut antiqua et justa telonea a negotiatoribus erigantur, tam de pontibus, quamque de navigiis et mercatis. Nova vera seu injusta, ubi vel funes tenduntur, vel cum navibus sub pontibus transitur, seu his similia, inquibus nullum adjutorium itinerantibus praestatur, — — teloneum nullatenus ab eis exigatur[11]) bezeugen.

11) Siehe auch Rudolfi I. Regis constitutio pacis (Moguntiae) bei Pertz Mon. Ger. Leg. T. II. p. 438. Alle die zollen nimet offe wazzer oder offo lande, die sulen den wegen und den brocken ihr recht halten mit machene et bezerungene, und, den sie den zol nemet, die sulen sie berriden und geleiten, nach ir macht als verro, als ir gerichte gat, daz sie nicht verlesen. Uebrigens war Niemand zur Erhebung von Zöllen berechtigt, der nicht das Recht dazu vom Römischen König und Reiche erhalten hatte. Schwabenspiegel §. 364 u. Anm. 245 das.

Wie ſo der Begriff der beſtändig fließenden Gewäſſer als res communes omnium jure naturali das Aufſichtsrecht des Staates begrenzt, ſo entwickeln ſich aus ihm von ſelbſt mit voller Folgerichtigkeit die einfachen Rechtsregeln über die Ausübung des Nutzungsrechtes der Einzelnen an ihnen als rebus publicis.

Ehe wir jedoch hierauf weiter eingehen, iſt vorher feſtzuſtellen, von wo aus, wenn wir ſo ſagen ſollen, alle Benutzung der beſtändig fließenden Gewäſſer zu beurtheilen ſei. Die Antwort hierauf iſt: vom Waſſer aus, d. h. die öffentliche Benutzung bezieht ſich nur auf das Waſſer, und ſoweit ſie nur von dieſem ausgeht, in dieſem ſtattfindet, iſt ſie als eine öffentliche geſtattet. Dies iſt der Sinn der bereits oben angeführten Stelle:

In flumine publico factum accipere debemus quidquid in aqua fiat.

Das Waſſer allein hat in Folge ſeiner natürlichen Eigenthümlichkeit an ſich ſelbſt die öffentliche Eigenſchaft, während Waſſerbette und Ufer nur durch und um des Waſſers willen dieſe Eigenſchaft haben, die Ufer beſonders aber nur ſoweit, als der öffentliche Waſſergebrauch von dem Waſſer aus dieſelbe erfordert, alſo z. B. ſoweit das Anlegen der Schiffe, das Anbinden der Flöße, das Auswerfen und Entleeren der Fiſchernetze den öffentlichen Gebrauch derſelben nothwendig macht. pr. l. 5. Dig. de divisione rerum 1, 8. §. 4. Art. 28. Buch II. des Sachſenſpiegels.

Ein Benutzungsrecht des fremden Landeigenthums an dem Waſſer von dem Lande aus, auch wenn es lediglich zur Benutzung des Waſſers in Anſpruch genommen werden ſollte, findet als ein öffentliches oder gemeines nicht ſtatt, ſondern ſetzt beſondere privatrechtliche Erwerbstitel voraus. Niemand kann verlangen, daß ihm zum Zweck der Waſſerbenutzung vom Lande aus ein Recht der Benutzung des an dem Waſſer liegenden fremden Grund und Bodens gegen den Willen

des Eigenthümers auf den Grund der öffentlichen Eigenſchaft des Waſſers eingeräumt werde; er erlangt ein ſolches nur durch Privatabkommen mit dem Eigenthümer. §. 8. l. 1. Dig. ut in flum. public. navigare liveas 43, 14. si quis velit tale interdictum movero ut locus deprimatur pecoris appellendi gratia, non debet audiri.

Das Verhältniß iſt hier ganz dasſelbe wie bei Jagd und Vogelfang. §. 7. l. B. Dig. de inj. et fam. libellis 47, 10. et est saepissime rescriptum, non posse quem piscari prohiberi; sed nec, aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest.

Deßhalb iſt auch das im Privatwege erworbene Benutzungsrecht des fremden Grund und Bodens zum Zwecke der Waſſerbenutzung auf die Grenzen des erworbenen Umfanges zu beſchränken, und es hat das allgemeine und unbeſchränkte Recht der Benutzung des fließenden Waſſers hierauf keine Rückwirkung etwa in der Weiſe, daß wenn in Folge einer Veränderung des Waſſers der auf dem Lande zugeſtandene Zugang zu demſelben nun nicht mehr zweckdienlich wäre, nothwendig ein anderer eingeräumt werden oder ein anderer Theil des Landes zur Benutzung als Zugang zugeſtanden werden müßte. §. 2. l. 3. Dig. de aq. quot. et aest: 43, 30. Si aquam ex flumine publico duxeris et flumen recesserit: non potes subsequi flumen: quia ei (loco) servitus imposita non sit, quamvis is locus meus sit, d. h. du kannſt nun nicht ohne Weiteres den Platz, von welchem aus jetzt nach dem Zurücktreten des Fluſſes die Waſſerleitung allein anzulegen möglich wäre, benutzen, obwohl derſelbe auch mir gehört, da ich dir auf meinem Grundſtücke eine Servitut deßhalb eingeräumt habe. Sed si alluvione paullatim accesserit fundo tuo, subsequi potes: quia locus totus fluminis serviat ductioni, d. h. ganz anders verhält es ſich dagegen, wenn von deinem Grundſtücke aus die Benutzung des Waſſers ſtattfindet, wo es Dir als Eigenthümer frei-

ſteht, an jeder beliebigen Stelle die Waſſerleitung anzulegen.

Für die hier behandelte Frage iſt dieſe Auffaſſung des Römiſchen Rechtes nach zweierlei Richtung von großem Belang, einmal, weil ſie die Wahrheit des Satzes befeſtigt, daß der Begriff der öffentlichen Eigenſchaft der fließenden Gewäſſer lediglich durch das Waſſer beſtimmt werde; dann weil ſie unwiderleglich darthut, daß die Benutzung des fließenden Waſſers, ſo weit ſie überhaupt zuläſſig iſt, an ſich Niemanden gewehrt werden kann, wenn nicht anliegendes Privateigenthum dieſelbe ausſchließt.[12]) Andere Beſchränkungen der Benutzung der öffentlichen Gewäſſer treten für den Einzelnen außerdem nur nach den Geſetzen, welche für dieſe Benutzung ſelbſt beſtehen, ein. Dieſe Geſetze faſſen ſich in folgenden Vorſchriften zuſammen.

1) Da das Motiv der öffentlichen Benutzung der fließenden Gewäſſer die Nothwendigkeit dieſer Benutzung iſt, §. 14. l. 1. Dig. 43, 12. Navigii appellatione etiam rates continentur, quia plerumque et ratium usus necessarius est, ſo muß aller Gebrauch derſelben lediglich zu Privatzwecken der Benutzung im öffentlichen Intereſſe, d. h. im unmittelbaren Intereſſe des Staates ſelbſt oder in ſolchen Intereſſen, welche das Wohl Aller oder eines größeren Theiles der Staatsbürger betreffen,

12) Hätte man den Standpunkt der Beurtheilung der Waſſerbenutzung vom Waſſer aus erkannt und feſtgehalten, ſo hätte man nicht darauf kommen können, die Zugehörigkeit eines beſtändig fließenden Gewäſſers nach dem Flußbette oder dem umgebenden Uferlande beurtheilen zu wollen. Das Land an den großen Flüſſen und Strömen wie an den Bächen iſt Privateigenthum, gleichgiltig ob des Staates oder eines Privaten, und Niemand kann ohne deßhalb ihm zuſtehendes beſonders Recht vom Lande aus das Waſſer benutzen, auch der Staat nicht. Daher erklärt es ſich denn auch, daß häufig diejenigen beſondere Rechte auf Waſſerbenutzung, z. B. Fiſcherei erwerben, welche ſolche ungeſtört in Folge ihres Grundbeſitzes am Waſſer ausüben können.

nachſtehen. Der Privatgebrauch muß da und in ſoweit zurückſtehen, wo und wieweit der Gebrauch für das ganze Volk nothwendig und mit jenen unvereinbar iſt.

§. 1. l. 30. Dig. 41, 1. et ideo, cum exsiccatus esset alveus, proximorum fit: quia jam populus eo non utitur.[13]) l. 2. Dig. 43, 12. Quominus et publico flumine ducatur aqua nihil impetit, nisi Imperator aut Senatus vetet, si modo ea aqua in usu publico non sit. Sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere. §. 2. l. 10. Dig. de aqua et aquae pluviae arvendae 39, 3. (Ulpianus) Si flumen navigabile sit, non oportere Praetorem concedere ductionem ex eo fieri, Labeo ait, quae flumen minus navigabile efficiat. Idemque est, et si per hoc aliud flumen fiat navigabile.

Zu dieſen vorzugsweiſen Benutzungsarten gehören: die Schiffahrt und die Floßfahrt, die mit gebundenen Flößen wie die wilde, obwohl ſämmtlich auch von Privaten ausgeübt.

2) Soweit jener öffentliche Gebrauch im eigentlichen Sinn die fließenden Gewäſſer nicht in Anſpruch nimmt, dienen ſie dem Gemeingebrauche Aller, jedem zu ſeiner beſondern Nutzung. Hierbei iſt jedoch die Benutzung mittelſt beſonderer Vorrichtungen und Anlagen in und am Waſſer, welche zugleich Einfluß auf den Waſſerlauf haben, von der Benutzung deſſelben ohne ſolche zu unterſcheiden; jene von beſondern Conceſſionen der betreffenden Staatsbehörden abhängig und deren Aufſicht unterſtellt, dieſe Jedem freigegeben.

Daß die Einrichtung beſonderer Anlagen zum Zwecke der Waſſerbenutzung auch bei den Römern der behörd-

13) Dieſe Stelle ſcheint zwar zuviel zu beweiſen, indem ſie ſich auf die Erwerbung von Privateigenthum an einem verlaſſenen Flußbette bezieht; allein ſie beweiſt deßhalb auch hier, was behauptet wird, weil ſie den Grundſatz des Ausſchluſſes der Privatrechte durch öffentliche aufſtellt.

lichen Genehmigung und Oberaufsicht unterstellt war, geht nicht nur aus den vorhandenen prätorischen Interdicten, welche namentlich den Schutz der Schiffahrt gegen etwaige hindernde und störende Anlagen im Wasser bezweckten, sondern auch aus Ausdrücken hervor, wie non oportere Praetorem concedere, derivationes minus concessae, nisi imperator aut Senatus vetet u. drgl. m.[14]) Gegenwärtig kommen hierbei besonders Brücken, Fähren, Wassermühlen und andere Wassertriebwerke in Frage, welche die ausschließliche Benutzung einer bestimmten Wasserkraft erfordern. Hierbei muß der Inhalt der Concessionen für die Beurtheilung des Rechtes, dessen Maß und Umfang entscheidend sein. Daß eine Erwerbung solcher Rechte auch im Wege langjähriger Ausübung und ein Schutz derselben Seitens des Staates stattfinde, ist außer Zweifel, da sie selbst in Bezug auf sonst durchaus gemeine Benutzungsarten des Wassers, wie z. B. das Fischen, im Römischen Rechte. l. 7. Dig. 44, 3. pr. l. 45. Dig. 41, 3. Elvers a. a. O. S. 431. Anm. 41. und sonst ausdrücklich anerkannt wird. l. 10. Dig. 39, 2. l. 7. Cod. 3, 34. Festzuhalten ist und für die Entscheidung vieler wasserechtlichen Streitfragen von größtem Gewichte, daß auch hierbei immer nur die Benutzung der Wasserkraft in einem gewissen Maße zu einem bestimmten Zwecke, nicht ein Eigenthum an dem Wasser in Frage kommen und daher Niemand ein ausschließliches

14) Die Behauptung der Abhängigkeit solcher Anlagen von Concessionen steht mit der oben ausgesprochenen Ansicht, daß das Verhalten des Staates in der Aufsicht über den Wassergebrauch ein negatives sei, nicht in Widerspruche. Denn der Hauptzweck der Regelung dieser privatrechtlichen, ausschließlichen Benutzungsarten des Wassers bleibt immer der, zu verhüten, daß der gemeine Gebrauch des Wassers dadurch nicht mehr gestört und beschränkt werde, als zu den bestimmten Zwecken des Concessionirten nöthig ist. Auch ist die Erlaubniß einer Beschränkung des gemeinen Wassergebrauchs zu Privatzwecken nicht der alleinige Inhalt der Concessionen, sondern einen wesentlichen Theil derselben bildet die Festsetzung der gewerbspolizeilichen Punkte.

Recht auf das Waſſer ſelbſt, auch dann nicht in Anſpruch nehmen kann, wenn daſſelbe durch einen künſtlich angelegten Graben geleitet iſt. Die Benutzung desſelben bleibt vielmehr in ſoweit gemein, als ſie jenen beſondern Betriebszwecken nicht mehr dient und derſelben nicht etwa ein Hinderniß in dem Privateigenthume Dritter an den umliegenden Grund und Boden entgegenſteht. Wenn alſo z. B. ein Müller aus einem öffentlichen Fluſſe Waſſer zum Betriebe ſeiner Mühle durch einen Mühlgraben ableitet, ſo kann er die Benutzung dieſes Waſſers Dritten nur inſoweit wehren, als dadurch ſein Mühlenbetrieb Nachtheil erleiden würde, oder er als Beſitzer und Eigenthümer des Uferlandes den Zutritt zu dem Waſſer Dritten zu verwehren berechtigt iſt, oder er endlich durch langjährige ausſchließliche Ausübung gewiſſer gemeinen Nutzungsrechte z. B. der Fiſcherei in dieſem Waſſer, befugt erſcheint, Andere an eben derſelben Benutzung zu hindern. Wir ſagen an eben derſelben Benutzung zu hindern, weil wir der Anſicht ſind, daß es andere gemeine Benutzungsarten, ſelbſt wenn ſie ſeiner urſprünglich gemeinen und nur durch langjährigen Gebrauch ihm beſonders erworbenen Benutzung nachtheilig wären, nicht verbieten und wehren könne, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil jene Ausſchlüſſigkeit der ſonſt gemeinen Benutzung ſich nur auf dieſe beſtimmte Art der Benutzung bezieht, nicht auch auf die übrigen Arten der gemeinen Benutzung, gegen dieſe alſo es ein Verbietungsrecht nicht geben kann. Es darf z. B. den Fiſchfang Niemand da ausüben, wo ein Dritter ein beſonderes Recht darauf erworben hat, dieſer kann aber dagegen das Baden, das Waſſerſchöpfen, die Schiff- und Floßfahrt und dgl., auch wenn dadurch ſeine Fiſcherei geſtört wird, nicht wehren, denn es fehlt ihm dazu in Bezug auf dieſe Benutzungsarten ein Rechtsgrund, da hier der für die loca publica §. 2. l, 1. Dig. 43, 8. aufgeſtellte Rechtsſatz: tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quis-

que ex populo ad prohibendum habet, deßhalb gelten muß, weil der Grund des Rechtes hier wie dort derſelbe iſt, nämlich die öffentliche Eigenſchaft des benutzbaren Gegenſtandes; vgl. auch Schwab a. a. O. S. 77. u. 78. Wollte man hiergegen einwenden, daß darnach nicht abzuſehen ſei, wie überhaupt ein Recht auf ausſchließliche Benutzung des Waſſers, namentlich alſo auf ausſchließliche Benutzung der Waſſerkraft zu Triebwerken und ähnlichen Anlagen beſtehen könne, ſo wird dieſer Einwand damit beſeitigt, daß ein ſolches Recht durch Conceſſion der Staatsgewalt oder dieſer gleichſtehenden Verjährung urſprünglich gewonnen wird und auf deren Grund beſondern Schutz genießt und ſich von jenen Benutzungsarten des Waſſers dadurch unterſcheidet, daß es nur in Folge künſtlicher Anlagen geübt werden kann, dieſe Anlagen aber Gegenſtände des Privateigenthums ſind und mit der Störung der Waſſerbenutzung das Privateigenthum und Recht an dieſen mit geſtört werden würde, eine ſolche Störung aber aus dem Grunde der gemeinen Benutzung des fließenden Waſſers deßhalb unzuläſſig erſcheint, weil dabei nicht die Benutzung des Waſſers allein, ſondern auch der in Privateigenthum ſtehenden Triebwerke und Anlagen in Frage kommt. Denn es gilt ja für die gemeine Benutzung des Waſſers ferner der Satz, daß die Benutzung ohne Schaden für das Eigenthum Anderer ausgeübt werden müſſe.[15] §. 1. §. 4. §. 7. l. unica Dig. ne quid in flum. publ. 43, 13. Umgekehrt aber wird es auch nicht bezweifelt

15) Ein näheres Eingehen auf die Art und Weiſe der Benutzung der fließenden Gewäſſer iſt nicht Zweck dieſes Aufſatzes; die Regeln dafür ergeben ſich übrigens mit Leichtigkeit aus den oberſten hier angedeuteten Grundſätzen und ſind richtig von Kori, Unterholzener und Walter dargeſtellt. Nur darin iſt Kori nicht unbedingt beizutreten, daß demjenigen, welchem beide Ufer des Fluſſes oder Baches gehören, ſo daß deſſen Grundſtück durch das Waſſer zerſchnitten wird, das Recht zuſtehen ſolle, das Waſſer zu ſeinen Privatzwecken willkührlich abzuleiten und gänzlich zu verbrauchen Kori a. a. O. S. 44. Ein ſolches Recht kann einmal

werden können, daß bei dem allgemeinen Bedürfnisse des Gebrauchs des fließenden Wassers oder zur Abwendung durch dasselbe drohender allgemeiner Gefahren die Staatsgewalt das Recht habe, zur Abwendung dieser oder der Vermittlung jenes im öffentlichen Interesse, z. B. dem der Landwirthschaft, im Wege der Gesetze und gegen Entschädigung einzelne Bürger zu nöthigen, Grundeigenthum abzutreten und für derartige öffentliche Zwecke zu überlassen.

Hiermit glauben wir folgende Sätze begründet zu haben:

1) Daß nach Römischem Rechte alle beständig fließenden Gewässer, ohne Unterschied ihrer Größe als öffentliche zu betrachten seien.
2) Daß hiermit das Deutsche Recht durchaus übereinstimme.
3) Dieser Satz demnach als ein gemeinrechtlicher zu gelten habe.
4) Daß die Grundsätze über die Benutzung der fließenden Gewässern aus jenem obersten Grundsatze der öffentlichen Eigenschaft derselben abzuleiten seien,

---

nicht aus dem Eigenthum des beiderseitigen Grund und Bodens folgen, da das Gebrauchsrecht an dem Wasser lediglich durch das öffentliche Interesse, bezügig die Vorschriften der dieses vertretenden Staatsbehörden bestimmt wird, §. 15. l. 1. Dig. 43, 12. §. 2. l. 10. Dig. 39, 3. und anderseits kommen dabei, wie dieselben Pandektenstellen und das gemeine Bedürfniß als Grund der gemeinen Benutzung beweisen, die Interessen der übrigen Wasseranlieger in Frage. Nur wenn solche nicht vorhanden sind, und ein ausdrückliches Verbot nicht entgegensteht oder ein ausdrückliches Recht, z. B. durch Verjährung, darauf erworben ist, wird ein gänzlicher Verbrauch des vorüberfließenden Wassers gestattet sein. Ein Theil der von Kori allegirten Stellen ist für seine Behauptung nicht beweisend, da sie sich auf aqua pluvia beziehen und die von ihm darüber 7. C. 3 34. gegebene Auslegung steht nicht nur mit l. 26. Dig. 39, 2. im Widerspruch, sondern entscheidet auch deßhalb nicht, weil der Gebrauch von exhibere statt exhibuisse in jener wenigstens den Sinn eines schon längst gewährten Nutzens, welcher noch fortbesteht, nicht ausschließt.

und schließen mit dem Wunsche, es möchten endlich die so einfachen, naturgemäßen und folgerichtigen Sätze des Römischen Rechtes auch in dieser Lehre überall zur Anerkennung und Geltung kommen und dadurch dem verworrenen Streite über die Benutzung der Gewässer ein Ende gemacht und, was die Natur für Alle geschaffen, auch Allen zu genießen unverkümmert gegönnt werden.[16])

XVI.

Noch ein Wort zu der Streitfrage: von welchem Moment an läuft das quadriennium der restitutio in integrum?

Von

Herrn Dr. jur. **Robert Keil**
zu Weimar.

Wirft man einen Blick auf die zahlreichen Erörterungen, welche jene berühmte Controverse: „von welchem Moment an läuft das quadriennium der restitutio in integrum?" in der Literatur erfahren hat, so möchte es fast den Anschein gewinnen, als sei ein neuer Beitrag hierzu nur eine überflüssige und müßige Zuthat zu nennen; und doch ist dem nicht so. Noch in dem gegenwärtigen Augenblicke gehen hinsichtlich dieser Frage die Meinungen mannichfach auseinander, aber es ist

16) Nachträglich ist noch verwiesen auf Bluntschli, deutsches Privatrecht Bd. I. §. 75—80. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1. Jahrgang 1841. Nr. 5. 6. 7. S. 33, 41 und 52. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung im Königreich Sachsen. N. F. Bd. VII. Heft 3. S. 268—275. Kritz, Sammlung von Rechtsfällen. Bd. III. S. 51—63. Nr. II.